

## Kristen Rundle, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon Fuller*

Thomas Mertens

Kristen Rundle, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon Fuller* (Oxford: Hart, 2012), 210 p.

Rundle heeft een mooi boek geschreven over wat zij de 'jurisprudence' van Fuller noemt. Dat was ook wel te verwachten voor wie al met haar werk bekend was. Zij schreef een mooie bespreking over David Frasers boek *Law after Auschwitz*, een boek dat mijns inziens te weinig aandacht heeft gekregen. Hierin betoogt Fraser dat er geen verband bestaat tussen recht en moraliteit en dat het 'recht' op geen enkele manier verschrikkelijke gebeurtenissen zoals die in Auschwitz plaatsvonden, kan voorkomen. Sterker nog, hij betoogt dat het gehele proces dat daartoe leidde, door en door 'juridisch' van aard was. Tegen de cynische opvatting dat 'recht' (louter) een instrument is dat ons naar de hel kan leiden, verzet Rundle zich uitdrukkelijk in een fraai artikel in de *University of Toronto Law Journal* van 2009 met de veelzeggende titel: 'The Impossibility of an Exterminatory Legality: Law and the Holocaust'.

In zekere zin kan ook het hier besproken boek beschouwd worden als een antwoord op de these van Fraser, ook al wordt diens naam niet genoemd. Het gaat in dit boek om de uiteenzetting en de verdediging van de positie van Lon Fuller wiens naam onder rechtsfilosofen met 'de interne moraliteit van het recht' verbonden is, maar die naar het oordeel van Rundle vaak onvoldoende wordt begrepen. Dat is het gevolg van het feit dat Fullers positie, waarin een zeker verband tussen recht en moraliteit wordt bevestigd, niet goed uit de verf is gekomen omdat hij gedwongen werd die positie te verdedigen tegen de scheiding van recht en moraliteit zoals voorgestaan en verwoord door H.L.A. Hart. Ten aanzien van het rechtstreekse debat tussen deze twee dat in 1958 plaatsvond en dat in dit boek uitvoerig wordt besproken, is de overheersende opvatting dat dit debat 'gewonnen' werd door Hart.

Met dit boek, geschreven op basis van een uitvoerig onderzoek naar de nalatenschap van Fuller, maakt Rundle aannemelijk dat Fullers rechtstheorie wel degelijk een heel aantrekkelijke is. Ten onrechte is die theorie aan de aandacht van velen ontsnapt omdat de manier waarop Fuller het recht wil begrijpen, slecht past bij de wijze waarop de meesten dat onder invloed van Hart geneigd zijn te doen. Binnen een dergelijke benadering staat het begrip geldigheid centraal en de vraag naar strikte voorwaarden op grond waarvan een zeker 'iets' al dan niet als recht kan gelden. Omdat bij Fuller de relatie tussen recht en 'human agency' centraal staat, past diens benadering niet binnen een dergelijk 'frame'. In de lezing van Rundle bestaat het recht volgens Fuller uit een reeks van 'vormen' op grond waarvan

'human agency' zich kan ontwikkelen. Vandaar de goed gekozen titel: *Forms Liberate*; vandaar ook de tegenstelling tussen recht enerzijds, waardoor 'human agency' een vrij bestaan kan leiden, en andere vormen van beheersing van menselijk gedrag zoals 'social engineering', ook al is dat verschil in de praktijk vaak eerder een kwestie van gradatie dan van 'of-of'. Tegelijk zijn er volgens Fuller vormen van politieke beheersing mogelijk waarop het begrip 'recht' helemaal niet meer toepasselijk is en waarin dan sprake is van 'legal pathologies'. 'Human rational agency' komt het meest tot bloei wanneer het recht voldoet aan de acht criteria van de interne moraliteit van het recht. Die acht criteria moeten dus niet gezien worden als een soort minimale drempel waaraan iets moet voldoen om als 'recht' te kwalificeren, maar als een ideaal waarnaar de wetgever dient te streven.

Zoals gezegd was Fuller niet in staat zijn visie op het recht goed voor het voetlicht te brengen omdat hij 'gedwongen' werd deel te nemen aan een positivistische conversatie die de zijne niet was. Als gevolg daarvan werden de acht criteria door Hart niet opgevat zoals ze bedoeld waren, maar geïnterpreteerd als vereisten op grond waarvan het recht werkzaam is. Daarom moet de 'jurisprudentie' van Fuller als het ware opnieuw worden opgeëist; daarom nodigt Rundle haar lezers uit om in gesprek te gaan met Fullers interessante en stimulerende visie op het recht. Daartoe moet hij bevrijd worden van het positivistische frame waarin hij gelezen werd, en gelezen worden zoals hij naar voren komt in, onder andere, zijn nagelaten werk. Het is de moeite waard om op die uitnodiging in te gaan, en Rundle geeft ons een inkijkje in wat dat oplevert als Fuller in gesprek gebracht wordt met Raz en Dworkin. Ik ga dat gesprek op een andere manier aan, en wel door middel van twee opmerkingen.

Ten eerste: de voorgestelde lezing van het recht volgens Fuller is aantrekkelijk. Op grond daarvan wordt een wetgever geacht een betekenisvolle dialoog aan te gaan met degenen die aan diens wetgeving onderworpen zijn. Maar die aantrekkelijke lezing wordt aannemelijk doordat aan Hart een onaantrekkelijke visie op het recht wordt toegeschreven. Daarbinnen wordt het recht door de wetgever als een middel ingezet om diens doeleinden te verwezenlijken. Die doeleinden kunnen aantrekkelijk zijn voor iedereen, maar ook erg onaantrekkelijk. Het is de vraag echter of die lezing van Hart helemaal terecht is. Rundle suggereert dat er in de overgang van Austin naar Hart maar weinig gebeurd is en dat Austins top-downbenadering van het recht door Hart wordt gedeeld. Met andere woorden, Rundle schrijft aan Hart een opvatting over het recht toe die uitgaat van een soevereine bron van het recht en waarbinnen het interne aspect van het recht alleen aanwezig is bij de 'officials' van het juridische systeem. Een meer welwillende lezing van Harts *The Concept of Law* zou daarentegen benadrukken dat het recht een middel is met behulp waarvan mensen onderling in staat zijn stabiele en betekenisvolle relaties aan te gaan. De primaire regels zijn in de rechtstheorie van Hart zeker niet allemaal afkomstig van de soeverein; zijn verwijt aan het adres van Austin is juist dat die een belangrijk gedeelte van het recht, met name de privaatrechtelijke regels, over het hoofd ziet. Het is juist de stelling van Hart dat de scheiding van recht en moraliteit verenigbaar is met een conceptie van het recht

Thomas Mertens

die niet vertrekt vanuit het bevel, en die niet de oorsprong van het recht vindt in een soeverein die aan het recht voorafgaat en zich daaraan onttrekt. Ook binnen de rechtstheorie van Hart is het dus zeer wel mogelijk dat de wetgever een betekenisvolle dialoog aangaat met degenen die eraan onderworpen zijn, ook al is dat volgens Hart geen voorwaarde voor de geldigheid van het recht.

Mijn tweede opmerking betreft Radbruch. Het verbaast mij dat nog steeds gesproken wordt over het Hart-Fuller-debat, want het is evident dat Radbruch binnen dat debat een cruciale rol speelt. Elders heb ik al eens betoogd dat wat mij betreft Fuller in dat debat het gelijk aan zijn zijde heeft, omdat hij anders dan Hart tenminste begrijpt wat er bij Radbruch op het spel stond: niet de positie van de rancuneuze aanbrengrer zelf, maar de positie van de rechters die geacht werden te oordelen over die rancuneuze aanbrengrer en daarmee indirect over de rechters en het recht tijdens het nazisme. Terecht krijgt Radbruch daarom in Rundles boek de nodige aandacht en zij gaat zelfs zover te stellen dat de benaderingen van Radbruch en Fuller verwant zijn. Ik deel die opvatting.

Toch houd ik, ook na lezing van dit boek, een voorkeur voor de rechtsfilosofie van Radbruch. De reden daarvoor is de volgende: volgens Rundle benadrukt Fuller dat recht geen verticale relatie is tussen een wetgever en degenen die aan diens wetgevende activiteit onderworpen zijn. De wetgever dient gericht te zijn op een dialoog met degenen die eraan onderworpen zijn, opdat er regels tot stand komen die 'human agency' respecteren. Dat klinkt natuurlijk goed: dialoog, 'trusteeship', respect en waardigheid. Maar empirisch gezien bestaat het leven van het recht natuurlijk niet in een verhouding van dialoog tussen de wetgever en diens onderhorigen. Binnen het recht vindt veelal een strijd om de macht plaats tussen heterogene groepen die door middel van wetgeving hun belangen proberen te bevorderen. In Rundles lezing van Fuller komen we over die strijd en over de manier waarop het recht daarmee dient om te gaan, weinig te weten. Daarentegen vinden we bij Radbruch de zogenaamde rechtsidee die uit meerdere componenten bestaat: rechtvaardigheid, rechtszekerheid en doelgerichtheid. We vinden er een waardenleer die invulling geeft aan de mogelijke doelen waarop mensen gericht kunnen zijn, en we vinden een theorie van politieke partijen die aan die doelen gestalte geven. In zekere zin kan dus gezegd worden dat Radbruch, net als Hart maar anders dan Fuller, recht opvat als een instrument, als een middel waardoor individuen en groepen hun doelen en belangen willen bevorderen. Omdat de rechtsidee echter meer omvat dan doelgerichtheid alleen, is er volgens Radbruch, met Fuller en anders dan Hart, een grens aan de doelen die door middel van het recht kunnen worden nagestreefd. Door de rijkdom van diens rechtsfilosofie lijkt Radbruch beter dan Fuller in staat te zijn de conversatie met Hart aan te gaan en in dat debat de overtuigende positie in te nemen. In haar boek vertelt Rundle hoe Fuller telkens probeerde de termen waarin de discussie met Hart werd gevoerd, te veranderen, maar ook hoe hij daar telkens niet in slaagde. Dat kan als een teken van onwil van de tegenpartij worden opgevat, maar geeft ons misschien ook een indicatie dat de theorie van Fuller zelf niet rijk genoeg is om Hart werkelijk uit te dagen. Vooralsnog lijkt het alsof we daarvoor nog steeds Radbruch nodig hebben.